

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE160048-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin Dr. D. Scherrer  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

## Beschluss vom 30. August 2016

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Winterthur vom 2. Juni 2016 (EE150151-K)**

### **Erwägungen:**

1. a) Die Parteien sind seit tt. August 1995 verheiratet. Sie haben zwei Kinder (geboren tt.mm.1997 und tt.mm.1999). Am 21. August 2015 reichte die Gesuchstellerin beim Bezirksgericht Winterthur (Vorinstanz) ein Eheschutzgesuch ein (Urk. 1). Mit Urteil vom 2. Juni 2016 stellte das Bezirksgericht Winterthur (Vorinstanz) die Berechtigung der Parteien zum Getrenntleben fest, nahm vom Getrenntleben seit 1. Januar 2015 Vormerk und regelte das Getrenntleben der Parteien (Urk. 53 = Urk. 57). Dabei wurde der Gesuchsgegner verpflichtet, der Gesuchstellerin (nebst Unterhaltsbeiträgen für das noch unmündige Kind) persönliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.-- pro Monat für die Zeit vom 1. Januar 2015 bis 31. Dezember 2016 zu bezahlen (Dispositiv-Ziffer 7).

b) Hiergegen hat die Gesuchstellerin am 8. August 2016 Berufung erhoben und stellt die Berufungsanträge (Urk. 56):

- "1. Ziffer 7 des erstinstanzlichen Urteils des Einzelgerichts s. V. des Bezirksgerichts Winterthur, EE150151-K, vom 2. Juni 2016 sei abzuändern und der Appellat sei zu verpflichten der Appellantin für sich persönlich folgende Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:  
1. Januar 2015 – 31. Dezember 2015: Fr. 1'175.05,  
1. Januar 2016 – 31. August 2016: Fr. 1'724.35,  
ab 1. September 2016: Fr. 1'964.35.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Appellaten, unter Berücksichtigung der unentgeltlichen Rechtspflege des Appellaten.
3. Es sei der Appellantin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung sowie die unentgeltliche Rechtsvertretung in der Person der Unterzeichnenden zu gewähren."

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Die Vorinstanz wies dabei darauf hin, dass die Gesuchstellerin sich die Abholfrist für das angefochtene Urteil habe erstrecken lassen (Urk. 62). Am 24. August 2016 hat die Gesuchstellerin hierzu Stellung genommen (Urk. 64). Auf die Einholung einer Berufungsantwort kann verzichtet werden, da sich die Berufung sogleich als unzulässig erweist (Art. 312 Abs. 1 ZPO; vgl. nachfolgende Erwägungen).

2. a) Das angefochtene Urteil wurde (in der begründeten Ausfertigung) am 12. Juli 2016 versandt. Am 13. Juli 2016 wurde diese Sendung ins Postfach

der Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin avisiert. Deren Büropartner, Rechtsanwalt C.\_\_\_\_\_, hat bei der Post die demgemäss am 20. Juli 2016 ablaufende Abholfrist bis am 27. Juli 2016 erstrecken lassen. Das Urteil wurde schliesslich der Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin am 27. Juli 2016 zugestellt (Urk. 62 Blatt 2, Urk. 64 S. 2).

b) Die Gesuchstellerin macht hierzu geltend, die Verlängerung der Abholfrist sei zulässig, da es sich nicht um eine Gerichtsurkunde, sondern um eine gewöhnliche eingeschriebene Postsendung gehandelt habe (Urk. 64 S. 2).

c) Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt bei einer nicht abgeholt eingeschriebenen Postsendung eine Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch als erfolgt. Als "nicht abgeholt worden" im Sinn dieser Bestimmung gilt eine Postsendung dann, wenn sie nicht innert der siebentägigen Abholfrist (nach Avisierung) abgeholt wird, d.h. insbesondere auch dann, wenn sie nach der siebentägigen Abholfrist tatsächlich zugestellt wurde. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird diese siebentägige Abholfrist auch dann nicht verlängert, wenn eine Abholung nach den Vorschriften der Post auch noch länger möglich ist (BGer 8C\_655/2012 vom 22. November 2012, E. 3.3). Dass die Rechtsvertretung der Gesuchstellerin die Abholfrist bei der Post verlängern konnte, hilft ihr daher nicht und ändert insbesondere nichts daran, dass die ihr am 13. Juli 2016 avisierte siebentägige Abholfrist am 20. Juli 2016 ablief. Die Gesuchstellerin bzw. deren Rechtsvertretung hat sich sodann zu Recht nicht auf einen Schutz ihres Vertrauens auf eine längere Abholfrist berufen (vgl. BGer 8C\_655/2012 vom 22. November 2012, E. 4.3). Das angefochtene Urteil gilt damit als am 20. Juli 2016 zugestellt.

d) Die Frist zur Erhebung der Berufung beträgt 10 Tage (Art. 314 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 271 lit. a ZPO). Die Frist lief demzufolge am 2. August 2016 ab (Art. 142 ZPO). Die am 8. August 2016 zur Post gegebene und am Folgetag beim Obergericht eingegangene Berufung ist damit verspätet erhoben worden. Auf die Berufung kann demzufolge nicht eingetreten werden.

3. a) Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 6 Abs. 2 lit. b in Verbindung mit § 6 Abs. 1 und § 5, § 10 und § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 1'000.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Die Gesuchstellerin hat ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt (Urk. 56 S. 2, S. 7). Dasselbe ist jedoch zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung (vgl. vorstehende Erwägungen) abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

d) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Gesuchstellerin zufolge ihres Unterliegens, dem Gesuchsgegner mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Gesuchstellerin auferlegt.
5. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage der Doppel von Urk. 56, 58, 59/2-5, 64, 65 und 66/6, und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 30. August 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:  
mc